

- Arrêt civil -

**Audience publique du treize octobre deux mille cinq.**

Numéro 26892 du rôle.

Composition :

Georges SANTER, président de chambre,  
Irène FOLSCHEID, premier conseiller,  
Monique BETZ, premier conseiller,  
Carmen FRIES, greffière assumée.

Entre:

**l'ADMINISTRATION COMMUNALE DE X.),** représentée par son collègue des bourgmestre et échevins, établie à L-(...), actuellement à L-(...),

**appelante** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre KREMMER de Luxembourg en date du 5 juillet 2002,

comparant par Maître Guy THOMAS, assisté de Maître Roger NOTHAR et Maître Albert RODESCH, avocats à la Cour à Luxembourg,

et:

**la société à responsabilité limitée IMMOBILIERE DE ROODT/SYRE,** actuellement en gestion contrôlée, établie et ayant son siège social à L-1445 Strassen, 3, rue Thomas Edison, représentée par ses gérants actuellement en fonction, assistés de ses commissaires à la gestion contrôlée actuellement en fonction, Maître Nicolas DECKER et Maître Jean TONNAR, avocats à la Cour à Luxembourg,

**intimée** aux fins du prédit exploit KREMMER,

comparant par Maître Albert WILDGEN, avocat à la Cour à Luxembourg.

-----

## LA COUR D'APPEL :

Par jugement rendu le 24 novembre 1993, confirmé par arrêt du 22 novembre 1995, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, a retenu la responsabilité de la commune de X.) pour avoir reclassé en zone rurale la zone industrielle "(...)" sur laquelle la société à responsabilité limitée Immobilière de Roodt/Syre venait d'acquérir des terrains en vue de leur lotissement et avoir, en conséquence, rejeté la demande en autorisation de lotir présentée par cette société.

Le tribunal a ordonné une expertise aux fins de "déterminer la perte subie par l'Immobilière (investissements réalisés, retards dus aux lenteurs administratives, frais et intérêts, etc.) ainsi que du gain manqué (profit à réaliser par la vente des terrains lotis) suite au refus de la commune de faire droit à sa demande d'autorisation de lotir".

Les experts Alexandre Benoy et Roger Rock ont dressé leur rapport le 27 juillet 1999.

Par jugement rendu le 14 janvier 2002 le tribunal a rejeté le moyen de nullité du rapport d'expertise, a dit qu'un gain manqué de la société Immobilière n'est pas établi et a rejeté la demande afférente, a condamné la commune de X.) à payer à la société Immobilière du chef de perte subie la somme de 2.300.286,20 euros avec les intérêts moratoires au taux légal à partir du jour de l'assignation jusqu'à solde ainsi que les sommes de 2.768.388,12 euros et 230.293,08 euros, valeur indice du coût de la vie applicable le 6 janvier 1992, montants à adapter à l'indice du coût de la vie au jour du jugement, avec les intérêts moratoires au taux légal à partir de l'assignation jusqu'à solde. Le tribunal a encore ordonné une expertise aux fins de déterminer la perte subie par la société Immobilière à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1999 suite au refus de la commune de faire droit à sa demande d'autorisation de lotir.

Par exploit d'huissier du 5 juillet 2002 la commune de X.) a régulièrement relevé appel de ce jugement, lui signifié le 31 mai 2002.

Par conclusions du 14 novembre 2002 la société Immobilière a relevé appel incident.

Dans leur rapport les experts Alexandre Benoy et Roger Rock n'ont déterminé que le gain manqué étant résulté pour la société Immobilière du reclassement des terrains, ne s'exprimant par sur la perte subie.

Devant les premiers juges la société Immobilière avait de ce fait conclu à l'annulation du rapport d'expertise, conclusions rejetées par les premiers juges au motif que l'omission par les experts d'une partie de leur mission ne constitue pas une cause d'annulation du rapport relatif à l'exécution de l'autre partie de leur mission, le défaut de détermination de la perte subie et l'absence de réponse des experts à l'observation de la société Immobilière, qui leur a rappelé cette partie de l'expertise, ne violant pas le caractère contradictoire du rapport d'expertise relatif au gain manqué.

La société Immobilière demande sur ce point la réformation du jugement et conclut à l'annulation du rapport d'expertise pour être lacunaire, partant erroné.

La commune, de son côté, fait plaider que le rapport n'est ni lacunaire, ni erroné, mais répond à toutes les questions, que si les experts Benoy et Rock n'ont pas examiné spécialement la perte subie, c'est parce qu'ils ont estimé, à juste titre, que le gain manqué incluait nécessairement le volet "perte subie" dans le cas d'espèce. Selon la commune, cette interprétation du rapport a été confirmée dans une ordonnance rendue 29 mars 2000 par le juge chargé du contrôle de la mesure d'instruction sur une demande de la société Immobilière tendant au remplacement des experts et dans laquelle il est dit qu'il "*ressort dudit rapport que, contrairement aux affirmations des demandeurs, les experts ont sur base des pièces et éléments en leur possession, pris en considération tant les investissements réalisés que les frais et intérêts payés*".

La commune soutient que cette décision du juge-commissaire, qui a rejeté la demande de la société Immobilière, s'imposait au tribunal dans le cadre du jugement dont appel et que c'est partant à tort que le tribunal est revenu sur cette question pour juger finalement le contraire de l'ordonnance en affirmant que les experts judiciaires ne se seraient pas prononcés sur le volet de la perte subie.

Contrairement à ce que soutient la société Immobilière ce moyen ne constitue pas une prétention nouvelle, mais un simple moyen qui, même nouveau, est permis en appel.

Par conclusions du 6 janvier 2005, la société Immobilière déclare relever appel, à titre conservatoire, de l'ordonnance rendue le 29 mars 2000 par le juge chargé du contrôle de la mesure d'instruction, dont le dispositif se lit comme suit:

*"Nous Marie-Laure Meyer, premier juge au tribunal d'arrondissement de Luxembourg, première chambre, siégeant en matière civile, juge chargé actuellement du contrôle de la mesure d'instruction ordonnée par le susdit jugement, disons la demande recevable, mais non fondée, en déboutons, laissons les frais à charge des demandeurs."*

La société Immobilière demande à la Cour de déclarer son appel recevable et de "dire que Madame le juge Marie-Laure Meyer n'a pas fait une juste appréciation des éléments de la cause;

dire que l'ordonnance dont appel n'est pas revêtue de l'autorité de la chose jugée au principal;

dire que l'ordonnance dont appel n'est pas coulée en force de chose jugée;

dire que les experts judiciaires n'ont pas déterminé la perte subie et le gain manqué réel de l'Immobilière".

L'appel contre l'ordonnance du 29 mars 2000, relevé dans le cadre de l'appel contre le jugement sur le fond, est recevable. En effet, d'après l'article 374 du nouveau code de procédure civile, les décisions relatives à l'exécution d'une mesure d'instruction ne peuvent être frappées d'appel qu'en même temps que le jugement sur le fond.

D'un autre côté, conformément à l'article 375 du même code, les décisions prises par le juge commis ou par le juge chargé du contrôle n'ont pas au principal l'autorité de la chose jugée.

C'est donc à tort que la commune soutient que l'ordonnance du 29 mars 2000, en admettant même que le passage cité de cette ordonnance dise ce que la commune veut lui faire dire, s'imposait au tribunal statuant au principal.

En ce qui concerne l'appel de la société Immobilière, il y a lieu de relever que dans l'ordonnance du 29 mars 2000, la demande de cette société en remplacement des experts a été déclarée non fondée. L'appel de la société Immobilière ne porte cependant pas sur ce point qui constitue en somme la décision du juge-commissaire.

Quant aux conclusions prises dans le cadre de cet appel, force est de constater qu'on n'a pas besoin de relever appel d'une décision qui n'a pas autorité de chose jugée au principal pour faire dire à la juridiction du second degré que la décision n'a pas cette autorité, étant à ajouter qu'en raison de l'absence d'autorité de chose jugée au principal, le problème de la force de chose jugée ne se pose pas.

Etant donné d'autre part que la société Immobilière ne tend pas à la réformation de la décision prise par le juge-commissaire, la Cour n'a pas besoin d'examiner, dans le cadre de cet appel, si le juge-commissaire a ou non fait une juste appréciation des éléments de la cause et si les experts ont ou non rempli intégralement leur mission.

L'appel contre l'ordonnance du 29 mars 2000 n'est partant pas fondé.

A l'instar des premiers juges la Cour constate que les experts ont omis de se prononcer sur le premier point de leur mission. En admettant, ainsi que le fait plaider la commune, que les experts aient été d'avis que le gain manqué incluait nécessairement la perte subie, ils auraient dû le dire dans leur rapport. Ce rapport est muet concernant une perte subie par la société Immobilière, de sorte qu'il faut constater que les experts ne sont pas exprimés sur ce volet de leur mission.

Cette omission ne constitue cependant pas une cause de nullité du rapport d'expertise, ainsi que l'ont retenu à bon droit les premiers juges.

Les experts judiciaires ont évalué le gain manqué à 6.684.924.- francs.

En première instance la société Immobilière a produit un rapport d'expertise dressé le 27 novembre 1999 par Monsieur Jean Reuter qui a évalué le gain manqué à 254.055.210.- francs et la perte subie à 292.878.968.- francs.

Les premiers juges, après avoir relevé que dans ses conclusions du 5 mars 2001 la commune estime "qu'il n'y a aucune raison ... de retenir les chiffres proposés par le réviseur Jean Reuter qui sont et restent formellement contestés. Le montant de 696.185.260.- LUF réclamé par l'Immobilière est purement farfelu" et que la commune ne fait pas d'autre observation concernant le rapport d'expertise Reuter, ont dit que l'opposabilité et la validité du rapport d'expertise du 27 novembre 1999 n'étant pas discutées par la commune de X.), qui s'est engagée dans le débat au fond du rapport et a dès lors renoncé à faire valoir des moyens relatifs à

l'opposabilité et à la validité, le tribunal peut tirer des éclaircissements de ce rapport et se baser sur les constatations de cet homme de l'art pour apprécier si les éléments du préjudice allégué sont établis.

Pour chiffrer le gain manqué, les premiers juges ont pris en considération les conclusions des experts Benoy et Rock et après redressement de certains chiffres retenus par ces experts ils sont arrivés à la conclusion que la réalisation du lotissement n'aurait pas dégagé un gain, mais aurait engendré une perte de 30.633.051.- francs.

Dans leur appréciation de la perte subie ils se sont basés sur l'expertise Jean Reuter et après avoir procédé à différents redressements ils ont chiffré cette perte à 213.759.815.- francs.

La commune reproche aux premiers juges d'avoir retenu une perte subie sur base du rapport unilatéral Jean Reuter au motif que la commune n'aurait pas contesté l'opposabilité et la validité de ce rapport et qu'elle aurait accepté le débat au fond. Cette appelante déclare invoquer en instance d'appel l'inopposabilité et la nullité de ce rapport.

C'est à tort que la société Immobilière estime que la commune, n'ayant pas contesté l'opposabilité du rapport Reuter en première instance, ne peut plus le faire en instance d'appel. En effet, cette contestation constitue un simple moyen, permis en appel.

Les termes "opposabilité" et "validité" doivent rester réservés aux expertises judiciaires. En effet l'expert judiciaire doit respecter le principe du contradictoire, règle essentielle de validité de l'expertise judiciaire, et c'est le respect du contradictoire lors des opérations d'expertise qui rend son expertise opposable aux parties qui y ont été présentes ou représentées.

L'expertise unilatérale ou officieuse, qu'une partie se fait dresser à l'appui de ses prétentions, n'est par définition pas contradictoire. Une telle expertise, lorsqu'elle est régulièrement communiquée et soumise à la libre discussion des parties, vaut comme élément de preuve et le juge peut la prendre en considération en tant que tel et y puiser des éléments de conviction (Tony Moussa, Expertise en matière civile et pénale, 2<sup>e</sup> éd. p.166).

Mais de là à baser une condamnation à plus de 5 millions d'euros sur les seules conclusions d'un expert mandaté par une des parties, contestées par l'autre partie – et abstraction même faite de ce que l'expert est en l'espèce le comptable de la partie qui l'a mandaté - constitue un pas que la Cour n'entend pas franchir.

La commune fait plaider que dans le cas d'espèce les dommages et intérêts doivent se limiter au gain manqué, à l'exclusion de la perte subie.

Dans ce contexte elle estime qu'il est illogique d'allouer à la société Immobilière, à côté du gain manqué, une perte subie consistant notamment, d'après le tribunal, dans la différence de valeur entre le terrain "zone industrielle" et le même terrain "zone agricole". Selon la commune, cette double indemnisation doit être rejetée étant

donné que si l'Immobilière avait réalisé le lotissement et si l'opération avait été bénéficiaire, les terrains auraient également disparu de son patrimoine, de sorte qu'en indemnisant doublement l'Immobilière, on lui accorderait "le beurre et l'argent du beurre".

La Cour ne peut suivre cette argumentation. En effet l'expert Reuter, dont les premiers juges ont repris le raisonnement, prend en compte pour la perte subie, à côté d'autres frais, le prix de plus de 111 millions payé pour l'acquisition des terrains. Du montant total des frais calculés sur plusieurs années, il déduit la valeur résiduelle des terrains reclassés en zone agricole et ce précisément parce que ces terrains n'ont pas disparu du patrimoine de la société Immobilière, contrairement à ce qui se serait passé si le projet de lotissement avait été mené à bonne fin. Le raisonnement de la commune ne tient donc pas.

La commune soutient d'autre part que dans un arrêt du 1<sup>er</sup> mars 2000 la Cour d'appel a jugé qu'une personne qui a acquis un terrain pour l'utiliser pour ses besoins personnels ou professionnels, mais non pas à des fins de revente ou de spéculation, ne peut faire valoir un gain manqué, qu'en l'espèce, où les terrains ont été acquis en vue de leur revente, il n'est donc que logique et conforme à cet arrêt de n'indemniser que le gain manqué.

Ce raisonnement ne peut non plus être suivi.

En effet, en admettant pour les besoins de la discussion que le gain réalisé par la société Immobilière de la vente des terrains ait été de 20 millions, ce gain aurait été le résultat final après paiement de tous les frais engendrés par la réalisation du lotissement, donc y compris le prix d'acquisition des terrains, les intérêts débiteurs et les frais en rapport avec le lotissement. Du fait que le lotissement n'a pu être réalisé, la société Immobilière se verrait non seulement privée de ce gain, mais les frais d'ores et déjà engagés en rapport avec le lotissement resteraient à sa charge et constituent la perte subie. Le même raisonnement vaut pour un gain inexistant, c'est-à-dire une opération qui se solde par zéro, étant donné que dans ce cas au moins les frais engendrés par l'opération auraient été payés. Dans la même logique il faut dire, d'un autre côté, que si l'opération s'était soldée par une perte, c'est-à-dire un gain négatif, tel que retenu par les premiers juges, le montant représentant ce gain négatif devrait bien évidemment venir en déduction de la perte subie dont doit répondre la commune et devrait rester à charge de l'Immobilière en tant que solde négatif de l'opération, de sorte que la commune reproche à bon droit aux premiers juges de ne pas avoir opéré cette déduction.

Il y a partant lieu d'ordonner une nouvelle expertise aux fins d'évaluer la perte subie par la société Immobilière, le rapport Ernst & Young, versé en instance d'appel par la commune et qui, sur base des positions défendues par les avocats de la commune, conclut à un préjudice inexistant, n'entraînant pas non plus la conviction de la Cour.

Avant de revoir en détail les observations des parties relativement aux différents postes de préjudice examinés par les premiers juges, la Cour entend trancher le litige qui est né entre parties sur la question de savoir de quel préjudice doit répondre la commune.

La commune soutient qu'en ordonnant une expertise "avant tout autre progrès en cause", le tribunal ne s'est prononcé ni sur l'existence d'un préjudice ni sur une quelconque relation causale entre un éventuel préjudice et la faute admise.

La société Immobilière prétend qu'il résulte de l'arrêt de la Cour que son préjudice est à rechercher dans la seule faute de la commune consistant à reclasser les terrains acquis par l'Immobilière, de sorte que l'existence d'une faute et d'un préjudice ne sont plus à discuter.

Le préjudice de la société Immobilière que la commune doit indemniser est celui qui est en relation causale avec sa faute, laquelle est en l'espèce établie. La question de savoir quel est ce préjudice, respectivement si des éléments de préjudice invoqués par la société Immobilière sont nés de la faute de la commune, partant en relation causale avec cette faute, reste à toiser.

### Perte subie

Dans le contexte de la détermination de la perte subie, la commune soutient qu'on ne peut prendre comme base de calcul de cette perte le prix d'acquisition fortement exagéré de 130.000.- francs l'are payé par la société Immobilière pour les terrains compris dans le lotissement. Selon la commune, il résulte du rapport Benoy et Rock que les prix pratiqués à l'époque étaient largement inférieurs et sur base des données fournies par les experts, on peut retenir un prix de l'ordre de 15.000 à 20.000.- francs l'are et c'est ce prix qu'il faut prendre en considération dans l'évaluation de la perte subie. La commune estime d'autre part que cette révision vers la baisse de la valeur réelle des terrains entraînera ipso facto une réduction des intérêts bancaires mis en compte par la BIL et des frais d'acte (au prorata de la valeur réelle des terrains par rapport au prix excessif payé par l'Immobilière).

La commune fait valoir dans ce contexte que les terrains acquis par la société Immobilière auprès de la société Agimo par acte notarié du 27 septembre 1990 au prix de 111.676.500.- francs, ont été acquis par la société Agimo fin mai 1990 au prix de 40 millions, de sorte que dans un laps de temps de quatre mois le prix de l'are est passé de 47.000.- francs à 130.000.- francs l'are.

Dans leur rapport les experts Benoy et Rock ont relevé que les prix des terrains industriels bruts vendus sur les territoires des communes de **X.), A.), B.), C.), D.)** et **E.)** se situent dans une fourchette comprise entre 15.000.- et 20.000.- francs l'are, sauf pour un terrain situé dans la commune de **A.)** et deux terrains à **D.)** où les prix ont atteint, respectivement dépassé les 30.000.- francs l'are.

Les experts arrivent à la conclusion qu'à la lumière de l'ensemble des prix pratiqués sur des fonds similaires ou comparables dans les environs, le prix payé par la société Immobilière "a été en 1990 non seulement un prix spéculatif, mais un prix fortement exagéré".

Toutefois dans le cadre de la détermination de la perte subie et du gain manqué le montant du prix d'acquisition en tant que tel ne porte pas à conséquence et n'a pas d'incidence sur le préjudice global dont doit répondre la commune. En effet un prix d'acquisition moins élevé augmente d'autant le gain. En l'espèce les premiers juges

ont retenu une perte de quelque 30 millions engendrée par la réalisation du lotissement. En admettant que le lotissement ait réalisé ni perte, ni gain, c'est-à-dire se serait soldé par zéro, il faut en déduire que si le prix d'acquisition payé par l'Immobilière avait été de 70 ou 80 millions moins élevé que celui payé en fait, le lotissement aurait réalisé un gain de 70 ou 80 millions. Et ce gain manqué serait à charge de la commune dont la faute a empêché la réalisation du lotissement.

Le même raisonnement vaut pour les frais d'acte notarié dont il est également tenu compte dans le calcul du gain manqué.

Il en va différemment pour les intérêts. D'après le rapport Reuter les intérêts débiteurs sur les sommes que l'Immobilière a dû prêter pour l'acquisition des terrains, avoisinent et dépassent à partir de 1993 les 20.000.000.- par an et le montant de ces intérêts débiteurs ne peut être considéré comme étant la conséquence de la seule faute de la commune.

Sur base des recherches des experts Benoy et Rock il faut dire que le prix d'acquisition payé par l'Immobilière est exagéré au point de ne plus être acceptable et il n'est normalement pas compréhensible comment cette société a pu être d'accord à payer un tel prix.

Il est un fait que dans l'acte notarié de vente du 27 septembre 1990, un des deux associés représentant la société Immobilière, qui venait d'être constituée le 24 septembre 1990, figure également comme gérant unique de la société venderesse Agimo et les deux associés fondateurs de la société Immobilière se sont, suite à cette transaction très profitable pour la société Agimo, progressivement retirés de la société Immobilière.

Quelles que soient les motivations profondes ayant amené les dirigeants de l'époque de la société Immobilière à accepter le prix d'acquisition stipulé dans l'acte notarié du 27 septembre 1990 – et à défaut de pareilles motivations leur décision serait en tout cas le fruit d'une légèreté blâmable – les conséquences de cette décision anormale prise par la société Immobilière ne peuvent être mises à charge de la commune.

La Cour ne peut suivre dans ce contexte l'argumentation de la société Immobilière que dans l'appréciation du préjudice subi par elle, il y a lieu de prendre en compte les dépenses réellement effectuées et qu'on ne saurait remettre en question l'opportunité économique des opérations ou d'en apprécier le bien fondé par une référence abstraite au prix supposé du marché.

En effet, il ne s'agit pas en l'espèce d'une remise en question de l'opportunité économique du prix d'acquisition payé, lequel aura de toute façon son incidence sur le succès de l'opération. Il s'agit d'examiner si le préjudice subi est à supporter dans son intégralité par la commune ou si une part de ce préjudice est imputable à un fait ou une faute de la victime.

La Cour retient donc que la décision de la société Immobilière d'acquérir les terrains à un multiple de leur valeur réelle constitue un comportement anormal, sinon empreint d'une légèreté blâmable et cette décision, si elle n'a pas contribué à déterminer la naissance d'un préjudice, a cependant conduit à son aggravation.

On peut admettre comme défendable une certaine augmentation du prix par rapport à ceux pratiqués à l'époque pour des terrains similaires et il y a lieu de fixer à 50.000.- francs l'are le prix d'acquisition dont la commune doit répondre au titre des intérêts débiteurs dans la mesure où ils ne figurent plus parmi le coût du lotissement.

La commune estime d'autre part que la valeur actuelle des terrains, fixée par l'expert Reuter à 10.000.- francs l'are, doit être augmentée. La société Immobilière conclut au maintien de ce prix lequel a été proposé par la commune pour le rachat des terrains. La commune, de son côté, fait valoir que l'Immobilière a refusé de céder les terrains à la commune, se ménageant ainsi la possibilité de faire fructifier pleinement ses terrains dans l'hypothèse d'une modification – toujours possible – du plan d'aménagement général, de sorte que le caractère certain du préjudice allégué par l'Immobilière par rapport à la dépréciation du terrain n'est pas donné.

La Cour estime au contraire que le caractère certain d'une augmentation de la valeur des terrains situés actuellement en zone agricole n'est pas donné, la commune qualifiant elle-même d'hypothèse l'idée d'une modification de son plan d'aménagement général.

Le montant de 10.000.- francs l'are n'étant pas contesté par la commune comme valeur d'un terrain situé en zone agricole, il y a lieu de le maintenir.

La commune soutient en troisième lieu qu'il ne faut pas tenir compte, dans le calcul de la perte subie, de la valeur des terrains situés hors périmètre, d'une surface de 52,48 ares, faisant partie de l'ensemble des terrains acquis par la société Immobilière en vue de la réalisation du lotissement.

La Cour admet toutefois avec la société Immobilière que celle-ci a dû acquérir ces terrains ensemble avec ceux situés dans le périmètre pour se voir céder ces derniers.

La commune reproche ensuite aux premiers juges d'avoir pris en compte, dans l'appréciation de la perte subie par la société Immobilière, les intérêts bancaires et ceux des associés, ainsi que les autres frais en rapport avec les terrains, pour une période antérieure à une date moyenne qu'on peut situer au 31 décembre 1992, étant donné qu'il résulte du rapport Arthur Andersen dressé à la requête de la commune que la commercialisation des terrains aurait eu lieu de façon linéaire sur deux années 1992 et 1993.

Les terrains ont été acquis par acte notarié du 27 septembre 1990, la demande d'autorisation de lotissement a été présentée le 19 juillet 1991. Compte tenu du fait qu'au moment du dépôt de la demande les parcelles comprises dans le lotissement n'appartenaient pas toutes à la société Immobilière, circonstance qui aurait certainement entraîné des lenteurs dans la procédure d'autorisation, on peut situer celle-ci dans la première moitié de l'année 1992, de sorte que la Cour rejoint sur ce point l'avis de Arthur Andersen que la commercialisation des terrains se serait réalisée progressivement pendant les années 1992 et 1993. Dans ses conclusions du 14 novembre 2002 la société Immobilière situe elle aussi la vente des terrains dans les années 1992 et 1993. La commune a donc raison de dire que les intérêts et

les frais payés par la société Immobilière avant la vente des terrains auraient de toute façon été à sa charge et elle retient avec la commune la date moyenne du 31 décembre 1992.

Il ne s'en suit toutefois pas que ces intérêts et frais devraient être exclus de la perte subie. En effet, si le lotissement avait été réalisé, les sommes déboursées à ce titre seraient rentrées par la vente des terrains, quitte à ce que le gain produit par cette vente aurait été diminué d'autant. Par le refus de l'autorisation ils restent à charge de l'Immobilière et constituent un préjudice dont doit répondre la commune.

Dans ce contexte, la Cour constate que dans le calcul du gain manqué les experts Benoy et Rock ont pris en compte, au titre du coût du lotissement, les intérêts bancaires sur les montants représentant le coût d'acquisition des terrains pendant une année seulement. Il résulte des considérations qui précèdent que tous les frais et intérêts en rapport avec le projet de lotissement jusque fin 1992 doivent être pris en compte dans le calcul du gain manqué comme faisant partie du coût du lotissement au cas où il aurait été réalisé, tout comme ils doivent l'être dans le calcul de la perte subie du fait qu'il n'a pu être réalisé.

En ce qui concerne les intérêts débiteurs, la part devant rester à charge de l'Immobilière sur base des développements qui précèdent est à prendre en considération à partir de 1993, étant donné que les intérêts débiteurs payés jusque fin 1992 se neutralisent, étant pris en compte dans la perte subie et, en tant que coût du lotissement, dans le gain manqué.

Relativement aux éléments de préjudice pris en compte par les premiers juges sur base du rapport Reuter, la commune soutient que certaines positions du compte profit et pertes figurant sous le numéro A2 de ce rapport ne sont pas en relation causale avec la faute commise par elle. Selon la commune il s'agit notamment des honoraires d'expert comptable, des honoraires de gestion, des frais de publication des bilans, de l'impôt sur la fortune, des cotisations professionnelles et des honoraires d'avocat en 1992 et 1994 (probablement en relation avec les recours introduits auprès du comité du contentieux du Conseil de l'Etat et qui ont été déclarés irrecevables).

Cette critique est fondée. En effet, la commune doit répondre du dommage étant résulté de sa décision de reclasser les terrains et elle ne doit pas prendre en charge les frais en rapport avec le fonctionnement normal de la société, tels les frais de gestion, de comptabilité, de publication des bilans et de cotisations professionnelles. Les frais de la gestion contrôlée sont à mettre en relation avec sa décision de reclassement, la mise sous gestion contrôlée ayant été une suite directe de cette décision.

En ce qui concerne l'impôt sur la fortune et surtout l'impôt foncier, l'expert examinera dans quelle mesure ces frais ont été influencés par le fait que la société Immobilière est restée en possession des terrains au lieu de pouvoir les lotir et vendre.

Quant aux honoraires d'avocat mis en compte pour 1992 et 1994, en admettant qu'ils soient en rapport avec les recours irrecevables introduits auprès du Conseil d'Etat, ils

ne sont pas à prendre en considération, ne pouvant être considérés comme une suite nécessaire de la décision de reclassement.

La société Immobilière reproche aux premiers juges d'avoir, dans le cadre de la perte subie, retranché du coût du lotissement le prix d'acquisition du terrain de 35,60 ares acquis suivant acte notarié du 6 octobre 1997.

Les premiers juges ont dit à ce sujet que l'acquisition de ce terrain postérieurement au jugement du 24 novembre 1993 qui a retenu la faute de la commune, et surtout postérieurement à la décision du 6 janvier 1992 de reclassement des terrains de zone industrielle en zone agricole, qui constitue la faute de la commune, est un acte librement posé par la société Immobilière à un moment où la réalisation de la zone industrielle était exclue, que la faute de la commune est dès lors sans lien avec le préjudice allégué.

La société Immobilière fait valoir que le 10 juillet 1990 Monsieur **F.**), l'un des futurs associés de la société Immobilière, et la société Agimo ont signé un contrat de vente concernant ce terrain, qui a vraisemblablement été oublié dans l'acte notarié, mais qui est le résultat d'un accord de volonté bien antérieur et qui doit partant être pris en considération tant en ce qui concerne la perte subie que le gain manqué.

Cette partie verse en instance d'appel un acte sous seing privé portant la date du 10 juillet 1990 par lequel la société Agimo, représentée par Monsieur **G.**) s'engage à vendre à Monsieur **F.**) et à Monsieur **H.**) ou une autre société à désigner par les acquéreurs tous les terrains figurant à l'acte notarié du 27 septembre 1990, ainsi que celui de 35,60 ares actuellement en cause.

La commune conteste à cet écrit toute valeur probante, faute de date certaine.

En présence de cette contestation la Cour ne peut avoir égard à cet écrit lequel porte le tampon de l'étude du notaire Hencks sous la mention *Pour copie conforme* suivie de la date du 21 octobre 1998, donc postérieure même à l'acquisition par acte notarié du 6 octobre 1997.

Il n'est donc pas établi que la société Agimo se soit engagée à vendre ce terrain à l'Immobilière dès 1990, mais il se peut, ainsi que le soutient la commune, qu'elle se l'est réservé pour le céder plus tard à un prix plus élevé, étant donné qu'à défaut de ce terrain la réalisation du projet de lotissement se trouvait fortement compromise, respectivement qu'elle entendait imposer sa participation au projet en vue de partager les bénéfices au prorata de sa participation.

Il n'est par conséquent pas établi que l'acquisition de ce terrain par l'Immobilière était la formalisation d'un accord de volonté antérieur à la décision de reclassement et qui devait être exécuté par les deux parties en cause, de sorte que la Cour rejoint les premiers juges par adoption de leurs motifs pour dire que ce terrain ne doit pas être pris en compte dans le calcul de la perte subie, ni d'ailleurs dans celui du gain manqué. Il en est de même des honoraires de notaire en rapport avec ce terrain.

C'est encore à tort que la société Immobilière soutient que, contrairement à ce qu'ont admis les premiers juges, les honoraires des experts judiciaires avancés par elle,

doivent être inclus dans sa perte. Les premiers juges ont dit à raison que cette avance des honoraires d'expert n'est pas à considérer comme une perte et qu'il appartient au tribunal de décider laquelle des parties devra les supporter en définitive.

Dans l'évaluation de la perte subie l'expert tiendra compte des considérations qui précèdent.

#### Quant au gain manqué

La commune fait valoir dans ce contexte que si les premiers juges ont relevé à juste titre que l'Immobilière ne peut prétendre à un gain manqué relativement au terrain de 35,6 ares acquis en 1997, ils n'ont toutefois pas tiré toutes les conséquences de cette situation. Selon la commune, en effet, le fait que la parcelle en question, longue de 237,5 mètres et large de 15 mètres n'appartenait pas à l'Immobilière rendait la réalisation du projet de lotissement tout à fait impossible.

La commune relève d'autre part que le tribunal et les experts judiciaires n'ont pas tenu compte du fait qu'à défaut par l'Immobilière d'être propriétaire des parcelles d'une surface totale de 73,15 ares appartenant à de tierces personnes, les parties est et ouest du projet n'étaient pas réalisables et l'impact de ces parcelles sur le projet n'a pas été apprécié.

La commune en déduit qu'en 1991 une autorisation de lotir ne pouvait être accordée et que, selon une estimation du bureau B.E.S.T., les surfaces vendables seraient réduites par l'effet des parcelles appartenant à des tiers et sous leur influence à quelque 2,86 ha, de sorte que le préjudice subi par l'Immobilière était tout au plus celui d'une chance très hypothétique.

Concernant ces terrains appartenant à des tiers, la société Immobilière soutient que c'est à tort que les premiers juges n'ont pas pris en considération dans le calcul du gain manqué, à côté du terrain de 35,6 ares acquis en 1997 – point qui vient d'être tranché – encore les terrains d'une surface totale de 73,15 ares appartenant à différents autres propriétaires.

Elle fait valoir qu'au sujet de ces terrains des négociations avancées étaient en cours et que ce n'est que pour ne pas retarder le projet que la demande d'autorisation de lotir a été introduite avant que les ventes ne soient finalisées, le volte face de la commune lors du reclassement ayant mis un terme à ces négociations.

La société Immobilière devait toutefois se douter de ce qu'elle ne pouvait présenter une demande de lotissement portant sur des terrains qui ne lui appartenaient pas et que sa demande lui serait certainement retournée par la commune pour régularisation.

La société Immobilière a acquis les terrains de la société Agimo en septembre 1990 et la Cour admet que déjà à cette époque elle était en négociations avec les propriétaires des autres terrains, négociations qui n'avaient pas abouti au moment du dépôt de la demande d'autorisation de lotir, 19 juillet 1991.

Les premiers juges ont relevé à ce sujet que dans une lettre adressée le 26 novembre 1998 par le mandataire de la société Immobilière aux experts judiciaires celui-ci relève qu' "il est un fait que les propriétaires de ces terrains auraient eu l'option théorique de les garder comme labours ou bien de tirer profit de l'aménagement du lotissement. S'ils avaient voulu tirer profit de l'aménagement du lotissement, ils auraient nécessairement dû passer par notre terrain et nous ne leur aurions accordé cette permission que contre remboursement d'une partie des frais d'infrastructure. Cette partie représente en fait un bénéfice occulte qui est à chiffrer également." Les premiers juges ont dit qu'ainsi qu'il résulte de la motivation même de ce prétendu préjudice, l'utilisation effective de ces terrains par leurs propriétaires dans le cadre du lotissement projeté et le remboursement des frais d'infrastructure ne constituent pas un fait certain, mais une simple conjecture.

Un accord de ces propriétaires à vendre ces terrains à la société Immobilière, nonobstant les négociations avancées actuellement alléguées, ne constitue pas d'avantage un fait certain et ces terrains ne sont donc pas à prendre en considération dans l'évaluation du gain manqué.

Quant au terrain ayant appartenu à la société Agimo et acquis par la société Immobilière en 1997, celui-ci traverse en biais une partie de la zone que la société Immobilière projetait de lotir. Il est vrai qu'en l'absence de ce terrain la réalisation du projet de lotissement était fortement hypothéquée. D'un autre côté, la société Agimo, ayant vendu les autres parcelles entourant le terrain, n'aurait plus tiré aucune utilité de ce terrain de sorte qu'on doit admettre qu'à part l'hypothèse de l'oubli non établi, elle aurait ou bien vendu ce terrain à un prix plus élevé, ou bien se serait associée à la société Immobilière en vue de la réalisation du lotissement, de sorte que finalement ce terrain aurait certainement été compris dans le lotissement, quitte à ne pas procurer de gain à la société Immobilière.

Le raisonnement ci-dessus de la commune ne vaut donc pas pour le terrain de 35,60 ares.

Pour les autres terrains, le raisonnement n'est pas à écarter d'emblée et l'expert à nommer examinera si la circonstance que ces terrains n'étaient pas compris dans le lotissement a pu avoir une incidence sur la possibilité de lotir et de vendre les terrains adjacents et partant sur le gain à réaliser de la vente. Pour ce point de sa mission l'expert pourra consulter au besoin un autre homme de l'art, expert en cette branche, en intégrant l'avis de cet expert dans son rapport après l'avoir soumis aux parties.

Concernant la perte d'une chance qu'il faudrait tout au plus indemniser dans le cadre du gain manqué, la commune renvoie à tort à un arrêt rendu le 17 juin 1998 par la Cour d'appel dans une affaire St., Pu. et Bo. c/ commune de Re. (nos 16453 et 16454 du rôle). En effet dans l'espèce dont la Cour a eu à connaître sur requête civile la situation était différente, les terrains reclassés appartenant encore à leurs propriétaires originaires et la Cour a constaté que dans l'arrêt entrepris il est question de la probabilité que les propriétaires eux-mêmes se mettent à réaliser les terrains conformément au classement initial, respectivement de la chance de les vendre à bon prix à un promoteur.

En l'espèce ce stade est dépassé et les terrains ont été acquis par un promoteur en vue de réaliser le lotissement et on ne peut donc admettre que la réalisation de ce lotissement présentait uniquement une chance.

La commune se prévaut en second lieu de l'article 19 de la loi du 12 juin 1937 aux termes duquel:

*"Les terrains compris dans les projets d'aménagement dressés par des associations ou particuliers et qui ont été réservés pour des édifices ou des services publics sont cédés à la commune contre paiement d'une indemnité.*

*Il en est de même des terrains destinés aux espaces libres, aux voies et aux autres usages publics, mais pour autant seulement que leur ensemble dépasse le quart de la surface totale du lotissement. Dans ce cas le propriétaire ne sera indemnisé que pour la surface qui dépasse ce quart."*

La commune soutient qu'il est évident que si le projet avait été réalisé, elle aurait, notamment au vu de la position hostile de la majorité de la population, exigé le transfert d'un maximum de surface à l'usage public sans droit à indemnité, y non compris le rideau de verdure qui aurait constitué une condition de l'autorisation de lotir et serait resté la propriété du promoteur.

La société Immobilière estime que l'article 19 de la loi de 1937 n'a pas vocation à s'appliquer à une zone industrielle, sans cependant étayer cette opinion par le moindre élément pertinent.

Elle fait plaider d'autre part qu'à la suite du dépôt de la demande de lotissement la commune ne lui a jamais adressé de demande dans le sens d'un abandon de terrain, qu'on peut en déduire qu'elle a renoncé que d'autres terrains en dehors de ceux se trouvant dans le projet (chemin agricole, voie de desserte et élargissement de la rue (...)) lui soient attribués.

Etant donné que la commune n'a pas entendu faire droit à la demande de lotissement elle n'avait pas à formuler de demande dans le sens d'un abandon de terrain.

Les experts judiciaires ont chiffré les surfaces nécessaires à la voie de desserte, au chemin rural et à l'élargissement de la rue (...), préconisé par la commission d'aménagement, à un total de 71 ares, soit près d'un dixième de la superficie totale. La Cour estime que si la commune veut se faire céder d'autres surfaces, ce doit être pour des motifs légitimes et elle se demande quels autres usages publics pourraient justifier une cession de surfaces dans une zone industrielle et la commune ne le précise pas.

Le moyen basé sur l'article 19 de la loi du 12 juin 1937 ne peut donc être retenu.

La société Immobilière, de son côté, reproche aux premiers juges d'avoir mis en compte pour le rideau de verdure une largeur de 20 mètres au lieu des 10 mètres retenus par les experts.

Pour fixer cette largeur à 20 mètres, les premiers juges ont dit que, suivant l'avis du 18 juillet 1991 de la commission d'aménagement, la zone de verdure devrait présenter une largeur de 20 mètres, qu'il n'est ni allégué ni prouvé que la zone de verdure d'une largeur de 20 mètres préconisée par la commission d'aménagement ne correspondrait pas à la réglementation applicable, de sorte qu'il y a lieu d'augmenter la surface retenue pour la zone de verdure à 98 ares au lieu des 49 ares fixés par les experts sur base d'une largeur de 10 mètres.

Pour voir réduire cette largeur à 10 mètres la société Immobilière se prévaut en instance d'appel du règlement des bâtisses et l'aménagement des parcelles portant sur la zone d'industrie légère au lieu-dit "(...)" qui, dans son article 5, prévoit que la surface à réserver aux plantations doit être au moins égale à 1/19<sup>e</sup> de la superficie totale, ce qui, en présence de la surface totale de 894,65 ares acquise par l'Immobilière, représente 47,08 ares, correspondant à peu près à la surface retenue par les experts.

Cette argumentation ne tient pas compte du fait que le règlement invoqué prévoit une surface *au moins* égale à 1/19<sup>e</sup> de la superficie totale. Les premiers juges sont donc à confirmer en ce que, sur base de l'avis de la commission d'aménagement, ils ont fixé à 20 mètres la largeur de la bande de verdure.

La commune, de son côté, fait plaider que d'après les calculs du bureau B.E.S.T. la surface nécessaire au rideau de verdure n'est pas seulement de 98 ares, mais de 150,70 ares, étant donné que le pourtour du lotissement le long des deux axes routiers est d'environ 750 mètres, de sorte qu'une bande de verdure de 20 mètres couvre 150 ares.

D'après l'avis de la commission d'aménagement la zone de verdure attenante à la N1 devrait présenter une largeur de 20 mètres, il n'y est donc pas question d'une zone de verdure le long de l'autre axe routier.

Il y a donc lieu de retenir avec les premiers juges une surface de 98 ares qui est à réserver à la bande de verdure.

Concernant cette bande de verdure la société Immobilière soutient enfin que c'est à tort que les premiers juges ne l'ont pas prise en considération dans la détermination du gain manqué, étant donné que chaque acquéreur se serait vu facturer, en plus du prix du terrain acheté, une part de la zone verte, comme il est d'usage dans toute opération de construction paysagée.

L'Immobilière est cependant en défaut d'établir ou d'offrir en preuve l'usage invoqué, de sorte que son reproche ne peut être retenu.

La commune fait grief aux premiers juges de ne pas avoir retranché de la surface nette à lotir la surface d'un hectare, alors que, selon elle cette surface ne devait pas rentrer dans les prévisions du plan d'aménagement.

Cette surface est désignée sur le plan Simon & Christiansen soumis à la commune ensemble avec la demande d'autorisation de lotir comme lot n° 1.

Les premiers juges ont dit que les documents versés ne permettent pas de conclure que le lot n° 1 devait être exclu du lotissement, la seule mention du lot n° 1 d'une surface d'un hectare ne permettant pas d'en déduire qu'un hectare était d'emblée à exclure du projet.

La commune fait valoir que dans la demande de lotissement il est dit que l'objectif est d'implanter dans la zone des petites et moyennes entreprises du secteur artisanal et commercial, de sorte que les parcelles seront vraisemblablement vendues en grandeurs variant entre 25 et 60 ares, que de plus la parcelle d'un hectare ne fait pas partie de la surface hachurée prévoyant des surfaces de terrains par tranches de 5 mètres. La commune en déduit qu'en admettant que le plan de lotissement présenté ait été approuvé, cette parcelle n'aurait pu être lotie puisque son lotissement aurait dû faire l'objet d'une nouvelle demande de lotissement avant qu'elle ne puisse être utilisée à des fins de construction ou autres. Or, selon la commune, d'après la mission confiée aux experts, le seul préjudice résultant "du refus de la commune de faire droit à sa demande d'autorisation de lotir" est à indemniser, de sorte que la parcelle d'un hectare doit être retranchée en toute logique de la surface nette lotissable.

Il résulte du plan Simon & Christiansen, ensemble l'extrait cadastral également versé à l'appui de la demande d'autorisation de lotir et sur lequel la zone de lotissement a été délimitée, que le lot n° 1 faisait partie de la demande d'autorisation de lotir. S'il est vrai que la surface représentant ce lot n'est pas hachurée, contrairement au restant du lotissement, cette circonstance n'est toutefois pas de nature à l'exclure du lotissement, étant donné qu'elle y est comprise. La commune aurait donc pu demander des explications concernant cette surface, mais elle ne peut soutenir qu'elle ne fait pas partie de la demande d'autorisation de lotir présentée le 18 juillet 1991.

Les premiers juges sont donc à confirmer sur ce point.

Concernant les terrains agricoles d'une surface de 52,48 ares la société Immobilière fait plaider qu'étant donné que les premiers juges ont retenu que cette surface fait partie intégrante des terrains que la société Immobilière a dû acquérir en vue de la réalisation du lotissement, il s'en suit nécessairement que la détermination du gain manqué doit prendre en compte cette surface et que, sur base d'un prix de 10.000.- francs l'are, ce gain manqué est à chiffrer à 524.800.- francs.

Les terrains situés hors périmètre n'étaient pas concernés par la demande d'autorisation de lotir, ni par le refus de cette autorisation. Ils n'ont donc rien à voir dans la détermination du gain manqué étant résulté de ce refus. L'Immobilière aurait d'ailleurs pu revendre ces terrains dès 1990 au prix du terrain agricole auquel elle veut actuellement se faire indemniser. Cette prétention n'est donc pas fondée.

La société Immobilière conteste ensuite le prix de vente des terrains lotis fixé par les experts judiciaires à 265.000.- francs l'are et par les premiers juges à 275.000.- francs l'are. Elle conclut à son augmentation au prix de 527.500.- francs l'are retenu par l'expert Reuter.

Les premiers juges ont minutieusement analysé les développements faits à ce sujet par les experts judiciaires ainsi que les transactions immobilières contenues dans le tableau avec prix de comparaison annexé à leur rapport, de même que celles relevées dans le rapport Reuter. Ils ont, par des motifs que la Cour fait siens, répondu aux arguments invoqués par la société Immobilière à l'appui d'une augmentation du prix de vente, les experts y ayant d'ailleurs pour partie déjà répondu dans leur rapport.

L'affirmation que le panel choisi par les premiers juges est beaucoup trop restreint pour définir une valeur représentative surprend. En effet parmi la soixantaine de transactions répertoriées par les experts les premiers juges ont, sur base d'un choix de 18 transactions, décidé d'augmenter à 275.000.- francs l'are le prix de 265.000.- francs l'are retenu par les experts. Pour arriver au prix de 527.500.- francs l'are l'expert Reuter a pris la moyenne de six transactions.

Il n'y pas non plus lieu de faire droit aux conclusions subsidiaires de la société Immobilière tendant à voir intégrer les terrains pris en compte par l'expert Reuter dans le panel retenu par les premiers juges.

En effet une prise en compte de ces terrains a été refusée par les experts judiciaires pour les motifs développés en page 11 de leur rapport et la Cour ne voit pas de raison de se départir des appréciations des experts.

La demande d'augmentation du prix de vente est à rejeter.

Dans ses conclusions du 10 mars 2003 la commune demande à la Cour de ne pas prendre en considération la hausse injustifiée du prix de vente opérée par les premiers juges, sans motiver autrement cette demande, de sorte que la Cour maintient le prix de 275.000.- francs l'are retenu par les premiers juges.

La société Immobilière reproche aux premiers juges et aux experts de ne pas avoir pris en compte les gains qui auraient pu être réalisés par les constructions qu'elle soutient avoir eu l'intention d'ériger sur les terrains lotis.

Dans leur rapport les experts Benoy et Rock, après avoir signalé que cette évaluation n'est pas explicitement définie dans la mission d'expertise, ont dit ne pas savoir un seul exemple où le promoteur d'un zoning industriel figure en même temps de réalisateur-constructeur de halls industriels mis en vente pour un prix global et ils ont, en présence du caractère assez fictif de cette façon de réalisation immobilière, estimé pouvoir renoncer au calcul d'un gain supplémentaire engendré par la production constructive.

Les premiers juges ont sur ce point suivi les experts, retenant que la simple affirmation de la société Immobilière qu'elle avait l'intention de réaliser et de vendre les surfaces commerciales et les halls de stockage, objectivée par aucun élément, ne vaut pas preuve de ce projet et d'un gain manqué afférent.

Contrairement à ce soutient la société Immobilière en instance d'appel, son intention de réaliser des constructions dans le lotissement ne résulte pas de ses statuts, définissant comme suit l'objet de la société:

- *agence et promotion immobilière, toutes opérations en rapport avec l'objet social ou susceptible de le favoriser, comme par exemple l'achat et la vente.*
- *la gestion, la location et la gérance d'immeubles en général.*

En effet l'idée de la promotion immobilière n'implique pas nécessairement l'intention de construire des bâtiments sur des terrains industriels, ceux-ci constituant également des immeubles.

En parlant dans son jugement du 24 novembre 1993 du préjudice résultant pour l'Immobilière de la privation de son droit de se voir accorder une autorisation de lotir des terrains en vue de leur utilisation à des fins industrielles, le tribunal n'a pas non plus forcément envisagé le gain manqué résultant de constructions à réaliser sur les terrains, ce d'autant plus que dans la mission d'expertise le tribunal a visé dans le gain manqué les seuls profits à réaliser par les ventes des terrains lotis, l'expression *terrains lotis* ne signifiant pas, ainsi que veut le comprendre l'Immobilière, *terrains construits*.

La société Immobilière verse d'autre part en instance d'appel des attestations testimoniales de I.), dirigeant de la société V.K. S.A.H. l'un des deux associés fondateurs de la société Immobilière, qui déclare qu'à l'époque la société avait prévu de morceler les terrains et de les vendre avec construction, qu'il avait été chargé de la vente des terrains et qu'il les a proposés avec construction à divers clients.

La commune conclut au rejet des attestations au motif que I.) était, au moment de l'introduction du procès actuellement pendant entre parties, gérant de la société Immobilière et qu'il ne peut donc actuellement figurer comme témoin dans un litige qu'il a lui-même intenté en sa qualité de représentant légal de la société.

Ces conclusions sont à rejeter. En effet la qualité de tiers s'apprécie au moment où le témoin est appelé à témoigner et à l'époque de la rédaction des attestations I.) n'était plus gérant de la société Immobilière qu'il ne représentait partant plus en justice.

Les déclarations du témoin ne sont cependant pas de nature à amener la Cour à adhérer à la thèse défendue par la société Immobilière, pas plus d'ailleurs que le courrier de la société C+C Immobilière du 6 décembre 1991, versé en instance d'appel et dans lequel cette société propose l'acquisition dans la zone industrielle C.) à Grevenmacher d'un terrain de 3 ha avec surfaces industrielles.

En effet, dans son assignation introductive d'instance, lancée dès mars 1992, la société Immobilière ne parle pas de manque à gagner en relation avec des constructions à réaliser et vendre dans le lotissement, ce qui n'aurait cependant été que normal si tel avait été son projet.

A supposer donc que le témoin I.) ait proposé ces constructions à des clients, il faut admettre que ces propositions n'ont pas trouvé d'écho auprès des clients – le contraire n'étant pas prouvé ni offert en preuve - respectivement que ce projet a été laissé tomber pour d'autres raisons. Il reste dès lors non établi qu'au moment du refus de l'autorisation de lotir la réalisation et vente de constructions sur les terrains lotis ait été comprise dans les projets de la société Immobilière et un gain manqué correspondant n'est pas à prendre en considération.

L'offre de preuve par témoins formulée dans ce contexte en ordre subsidiaire n'est pas pertinente pour les motifs ci-dessus indiqués.

Les deux parties contestent le montant des frais d'infrastructure fixé par les premiers juges à 70.000.000.- francs.

Dans leur rapport les experts Benoy et Rock disent disposer de deux évaluations, l'estimation sommaire Simon & Christiansen du 26 mars 1991 au montant de 43.400.000.- francs hors TVA et l'estimation du coût de réalisation réalisé par le bureau d'études B.E.S.T. du 4 décembre 1997 au montant de 85.000.000.- francs hors TVA.

Ils relèvent qu'en dehors du décalage temporaire qui existe entre le calcul des deux évaluations, il y a lieu de remarquer que l'évaluation B.E.S.T. est plus rigoureuse tant au mètre, tant aux conditions particulières du lotissement (élargissement de la rue (...)), tant probablement aux équipements spéciaux exigés par les autorités communales et étatiques en matière d'environnement et de salubrité.

Tenant compte de ces considérations et admettant que le prix moyen à l'are déboursé pour la période à mettre en calcul devrait être probablement inférieur au calcul B.E.S.T., mais en tout cas supérieur au calcul Simon & Christiansen, les experts déclarent se référer dans leur propre évaluation au montant de 43.400.000.- francs en admettant que tout dépassement de ce devis aurait, dans des conditions normales, été payé par les deniers communaux comme apport pour pouvoir disposer et bénéficier d'une zone d'activité industrielle.

Sur base de ces observations des experts, les premiers juges ont dit qu'il n'est pas établi que les frais d'infrastructure se seraient élevés à l'estimation la moins importante de sorte que la société Immobilière, qui doit établir son préjudice, n'a pas établi que le coût de revient venant en déduction de son bénéfice comprend des frais d'infrastructure s'élevant à 43.400.000.- francs seulement au lieu de 85.000.000.- francs.

Ils ont dit qu'étant donné que les travaux d'infrastructure auraient cependant été réalisés en 1992 et non en 1997/1998 et compte tenu de l'évolution des prix, il y a lieu de les évaluer, en tenant compte de l'étude B.E.S.T., à 70.000.000.- francs.

La commune demande l'augmentation des frais d'infrastructure à 85.000.000.- francs, la société Immobilière conclut à les faire réduire à 43.400.000.- francs.

La commune fait valoir que le renchérissement des travaux entre 1992 et 1997 ne justifie pas la réduction opérée par les premiers juges.

La société Immobilière reproche aux premiers juges de ne pas avoir indiqué à partir de quel paramètre ils ont fixé le montant retenu par eux.

Il y a lieu de charger l'expert de revoir cette question et d'évaluer le montant auquel se seraient chiffrés les frais d'infrastructure en 1992 en faisant toutefois abstraction d'une participation de la commune à ces frais d'infrastructure, considérée par les

experts Benoy et Rock comme probable dans des conditions normales. En admettant en effet qu'en l'espèce la commune se soit considérée comme liée par le plan d'aménagement qu'elle venait de voter et que, nonobstant la position hostile de la population, elle ait autorisé le lotissement, il n'est cependant pas probable qu'elle ait contribué aux frais de ce lotissement, contribution qu'on ne pouvait par ailleurs lui imposer.

La commune soutient encore que c'est à tort que le tribunal entend allouer à l'Immobilière au titre de préjudice subi par elle suite au reclassement de sa propriété les honoraires d'avocat, ce qui, selon elle, constitue une indemnisation en dehors des règles de l'article 240 du nouveau code de procédure civile, seules applicables en la matière. Selon la commune, ceci est d'autant plus vrai qu'en l'espèce les honoraires convenus entre l'Immobilière et ses avocats dépassent très largement les tarifs officieusement appliqués sous le contrôle du Conseil de l'Ordre des Avocats.

La société Immobilière conclut à l'irrecevabilité de l'appel dans la mesure où il porte sur les honoraires d'avocat au motif que les premiers juges ont sursis à statuer sur ce point, partant n'ont pas tranché définitivement cette question.

Il est un fait que les premiers juges, après avoir retenu dans la motivation de leur jugement que l'Immobilière doit être indemnisée du préjudice subi en ce qu'elle a dû recourir à un avocat pour se faire indemniser du préjudice subi suite au reclassement fautif de sa propriété, ont dit que le montant des honoraires d'avocat, fixé à 8 % du montant devant revenir à l'Immobilière, dépend du décompte final, partant du résultat de l'expertise à ordonner en vue de chiffrer la perte subie à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1999.

D'après l'article 579 du nouveau code de procédure civile les jugements qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire peuvent être immédiatement frappés d'appel. L'article 580 dispose que les autres jugements ne peuvent être frappés d'appel indépendamment des jugements sur le fond.

Ces dispositions ont pour but d'éviter une multiplication des voies de recours.

Si l'appel est recevable parce que, comme en l'espèce, le jugement entrepris a dans son dispositif tranché une partie du principal tout en ordonnant une mesure d'instruction et que la juridiction du second degré est appelée à connaître de ce jugement, la même raison d'être des dispositions ci-dessus citées doit conduire à permettre l'examen de points litigieux tranchés par les premiers juges, même si pour des raisons pratiques une décision définitive n'a pas été prise et que le principe d'ores et déjà tranché n'a pas été repris au dispositif, au lieu d'obliger les parties, au cas où elles acceptent par ailleurs le résultat de la mesure d'instruction ou provisoire ordonnée, d'interjeter un nouvel appel pour remettre en question un point qui aurait pu être solutionné dans le cadre du premier appel.

Le moyen d'irrecevabilité n'est dès lors pas fondé.

La circonstance que l'article 240 du nouveau code de procédure civile permet au juge, sur le fondement de l'équité, d'allouer à une partie un certain montant au titre des sommes non comprises dans les dépens, dont les honoraires d'avocat,

n'empêche pas une partie de réclamer ces honoraires au titre de réparation de son préjudice sur base de la responsabilité contractuelle ou délictuelle, à condition d'établir les éléments conditionnant une telle indemnisation, à savoir une faute, un préjudice et une relation causale entre la faute et le préjudice (cf. JCL Proc. civ. fasc. 524, nos 6 ss., concernant la coexistence de l'article 240 et de la demande en dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire).

La faute de la commune est acquise en l'espèce.

Il ne peut d'autre part faire de doute que pour se faire indemniser du préjudice subi par elle suite à la faute de la commune, et en admettant la réalité de ce préjudice, la société Immobilière a dû faire appel à un avocat, le ministère d'avocat étant obligatoire devant les juridictions civiles.

S'il est vrai que le paiement des honoraires d'avocat trouve son origine première dans le contrat qui lie le client à son avocat, il est non moins vrai que si le dommage dont se plaint la victime trouve sa cause dans la faute du responsable, le recours à l'avocat pour obtenir indemnisation de ce dommage, bien que distinct du dommage initial, est une suite nécessaire de cette faute et partant en lien causal avec elle (JCL Resp. civ. fasc. 160, nos 36 ss.; Cass. belge. 2.9.2004, RGAR 2005, 13946 rejetant le pourvoi contre la Cour d'appel de Liège du 2.11.2000, RGAR 2003, 13753; Civ. Bruxelles 25.2.2005, J.T. 2005, p.381)

Une autre question est celle du montant des honoraires d'avocat dont doit répondre le responsable et la commune reproche à bon droit aux premiers juges d'avoir fixé le montant devant revenir de ce chef à la société Immobilière aux 8% du montant total des dommages et intérêts alloués, convenus entre elle et son avocat.

En effet, concernant l'ampleur du dommage réparable, il faut distinguer entre, d'une part, la relation contractuelle entre l'avocat et son client, qui doit être mue par le principe de la libre fixation des honoraires, et d'autre part, la question de la réparation du dommage par le responsable qui ne peut être pénalisé par un choix de la victime qui contribuerait à augmenter son dommage (Bertrand De Coninck, La répétibilité des honoraires d'avocat dans le contentieux de la réparation du dommage, RGAR 2003, 13750, no 7; Cour 11.7.2001, Sy. et To. c/Etat, no 24442 du rôle).

Ce dommage ne consiste donc pas nécessairement dans les honoraires convenus entre la victime et son avocat, respectivement facturés par ce dernier, mais doit être évalué sur base de critères d'appréciation objectifs dont par exemple ceux figurant à l'article 38 de la loi du 10 août 1991 sur la profession d'avocat.

La commune reproche enfin aux premiers juges d'avoir procédé à la réévaluation du préjudice en rapport avec le prix d'acquisition des terrains et d'avoir cumulé cette réévaluation avec les intérêts moratoires.

L'Immobilière leur reproche de ne pas avoir réévalué l'ensemble de la perte subie et de ne pas lui avoir accordé les intérêts compensatoires et moratoires. Elle conclut encore à la capitalisation des intérêts conformément à l'article 1154 du code civil. Elle reproche enfin aux premiers juges de l'avoir condamnée aux frais de l'expertise judiciaire.

Tous ces points sont réservés pour être toisés après le dépôt du rapport d'expertise.

Dans le jugement du 14 janvier 2002 les premiers juges ont ordonné une expertise aux fins de déterminer la perte subie par la société Immobilière à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1999 et la Cour n'est au demeurant pas saisie de ce volet du litige.

Il y a donc lieu de dire que l'expert à nommer par la Cour évaluera la perte jusqu'au 31 décembre 1998, étant loisible aux parties d'étendre la mission de l'expert à la perte subie depuis 1999.

### **Par ces motifs :**

la Cour d'appel, neuvième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement et sur le rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit les appels, principal et incident, en la forme;

dit recevable, mais non fondé l'appel dirigé contre l'ordonnance rendue le 29 mars 2000 par le juge chargé du contrôle de l'expertise ordonnée en première instance;

confirme les premiers juges en ce qu'ils ont rejeté le moyen de nullité du rapport d'expertise Benoy et Rock;

avant tout autre progrès en cause:

ordonne une expertise et commet pour y procéder Monsieur Paul Laplume, expert comptable, demeurant à L-6131 Junglinster, 18, rue Hiehl, avec la mission, dans un rapport écrit et motivé:

1) d'évaluer la perte subie par la société à responsabilité limitée Immobilière de Roodt/Syre jusqu'au 31 décembre 1998 suite au refus de la commune de **X.**) de faire droit à sa demande d'autorisation de lotir en tenant compte des considérations figurant dans la motivation du présent arrêt;

2) dans le cadre de l'évaluation du gain manqué:

- d'examiner si la circonstance que les terrains énumérés dans le rapport Benoy et Rock du 27 juillet 1999 au numéro IV.2.1. n'appartiennent pas à la société Immobilière de Roodt/Syre a pu avoir une incidence sur la possibilité de lotir et de vendre les terrains adjacents;
- d'évaluer le montant auquel se seraient élevés en 1992 les frais d'infrastructure du lotissement;
- de recalculer le gain manqué tel qu'évalué par les experts Benoy et Rock en tenant compte des deux points qui précèdent, en comprenant dans le calcul du coût du lotissement les intérêts et frais en rapport avec le lotissement (y

non compris le terrain acquis en 1997), jusqu'au 31 décembre 1992, en prenant en considération une surface de 98 ares pour la bande de verdure et un prix de vente des terrains lotis de 275.000.- francs l'are.

ordonne à la société Immobilière de Roodt/Syre de consigner au plus tard le 11 novembre 2005 la somme de 1.500.- euros à titre de provision à valoir sur la rémunération de l'expert à la Caisse des Consignations et d'en justifier au greffe de la Cour sous peine de poursuite de l'instance selon les dispositions de l'article 468 du nouveau code de procédure civile;

charge Madame le premier conseiller Irène Folscheid de l'exécution de cette mesure d'instruction;

dit que si l'expert rencontre des difficultés dans l'exécution de sa mission il devra en référer à ce magistrat;

dit que si les honoraires de l'expert devaient dépasser le montant de la provision versée, il devra en avertir ledit magistrat et ne continuer ses opérations qu'après consignation d'une provision supplémentaire;

autorise l'expert à s'entourer de tous les renseignements utiles et à entendre même de tierces personnes;

dit que l'expert devra déposer son rapport au greffe de la Cour le 31 mars 2006 au plus tard;

réserve les frais.